

# 지속되는 미국 내 총기 규제 논란, 그리고 이와 관련한 수정헌법 제 2 조의 해석

이 창 원 (Lee, Paul Changwon) \*

## <目 次>

- |                             |                     |
|-----------------------------|---------------------|
| I. 들어가며                     | IV. 총기 규제를 열망하는 목소리 |
| II. 미국 헌법의 해석: 원의주의와 비원의주의  | V. 나가며              |
| III. 총기 규제와 관련한 최근 연방대법원 판례 |                     |

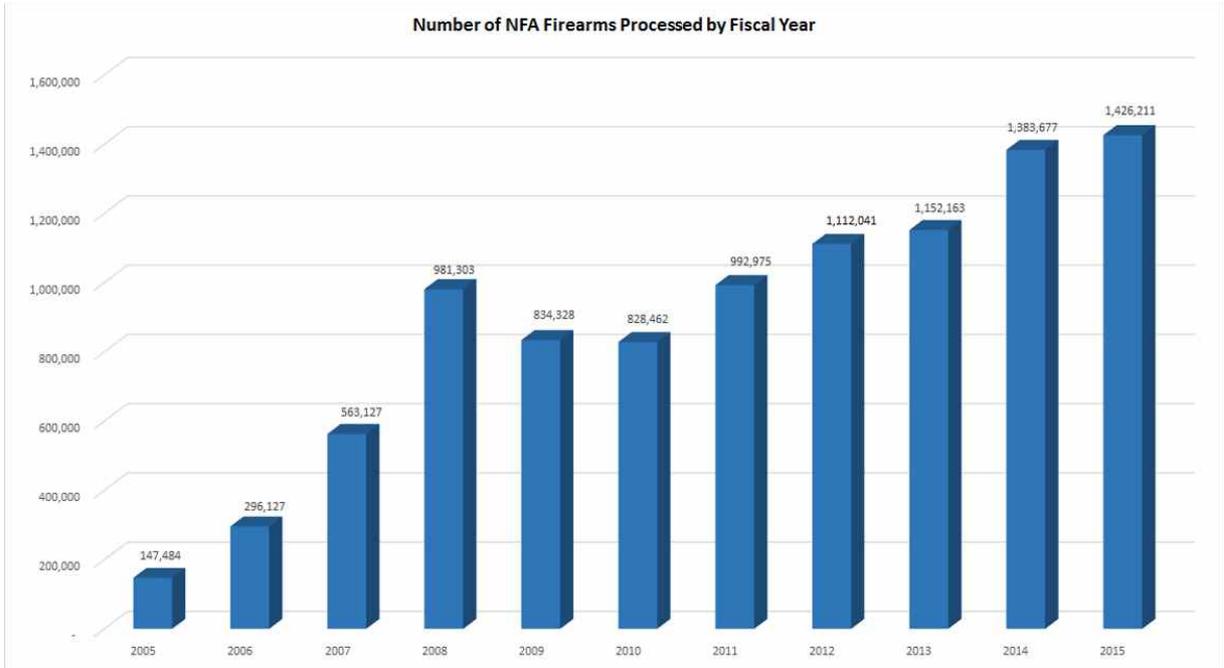
## I. 들어가며

미국은 1791 년 이래 근 200 년 간 총기 천국의 이미지를 공고히 해오고 있다. 버락 오바마 (Barack Obama) 대통령은 2009 년 취임 후 실효적인 총기 규제를 끊임없이 강조해왔으나<sup>1</sup>, 아이러니하게도 미국 내 총기 사고 및 총기 생산 판매는 지속적으로 증가하는 추세를 보이고 있다. 극단적인 총기 난사 사건이 발생할 때마다 총기 규제에 대한 열띤 논쟁이 미국의 지도자들 사이에서 벌어지지만, 그럼에도 불구하고 외부의 시각에서 보았을 때, 이상하리만치 미국의 총기 규제 논의는 진전이 없어 보인다.

---

\* Northwestern Pritzker School of Law J.D. 과정

<sup>1</sup> 한 사례로 오바마 대통령은 2009 년 취임 시, 총기 규제 정책의 일환으로 New Assault Weapons Ban 의 제정을 추진할 계획임을 언급. ABC 뉴스 보도 <http://abcnews.go.com/Politics/story?id=6960824> 참조.



(지속적으로 증가하는 미국 내 총기 유통 / 출처: Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms and Explosives)

사실 이러한 상황의 이면에는 총기 소유권을 명문화한 수정헌법 제 2 조<sup>2</sup>가 큰 영향을 미치고 있다. 본 리포트에서는 미국 연방대법원이 헌법을 해석하는 방법을 먼저 살펴본 후, 수정헌법 제 2 조와 관련된 판례와 함께 미국 총기 규제 미래 전망해보고자 한다.

## II. 미국 헌법의 해석: 원의주의와 비원의주의

먼저, 미국은 헌법을 해석하고 재판하는 기관이 한국이나 다른 대륙법 국가들과 다르다는 점을 짚고 넘어가고 싶다. 우리 헌법은 헌법의 유권해석 및 헌법재판을 헌법재판소가 관장하도록 규정하고 있으며, 헌법재판소의 합헌 또는 위헌 결정은 모든 국가기관을 기속한다. 반면 미국에는 독자적인 헌법재판 관련 기관이 없고, 연방대법원이 그 역할을 대신한다. 종신임기를 누리는 연방대법관들이 가진 이러한 헌법 유권해석

<sup>2</sup> The Second Amendment (1791).

기능은 연방대법원의 정치적 영향력을 강화하는데 큰 몫을 하고 있으며, 이에 따른 연방대법원의 정치화 가능성에 대한 우려가 미국 정계 내 큰 정치적 논쟁거리로 남아있는 것도 사실이다.

	한국	독일	미국
특징	독립된 헌법재판소	독립된 헌법재판소	연방대법원에서 담당
재판관 수	9명(소장 포함)	16명(소장·부소장 포함)	9명(대법원장 포함)
법관 임기	6년(연임·중임 가능)	12년(연임·중임 불가)	종신

(한국·독일·미국 헌법재판 비교<sup>3</sup>)

이러한 맥락 하에서, 미국 연방대법원은 어떤 원칙에 따라 헌법을 해석하고 판결을 내리는지 살펴볼 필요가 있다. 연방대법원은 헌법 재판 시, 원의주의 (Originalism 또는 Interpretivism) 또는 비원의주의 (Non-originalism 또는 Non-interpretivism)에 입각하여 판결을 내린다. 원의주의자들은 연방대법원의 역할이 헌법을 헌법조문에 명시된 그대로, 또는 분명히 내포된 의미에 한해서만 해석하는 것으로 한정되어야 한다고 주장한다. 다시 말하면, 연방대법원의 헌법 해석은 헌법조항 내 문장 자체의 의미나 관련한 입법연혁에 엄격하게 기반하고 있어야 한다는 것이다. 이에 대한 주된 논리로, 연방대법관은 시민들이 투표하여 뽑은 선출직이 아니기 때문에, 연방대법원이 헌법을 현 시대의 관점에서 자의적으로 해석하거나 헌법에 명시되지 않은 권리를 인정하게 된다면, 대의제에 기반한 민주주의 원칙을 크게 침해하게 될 것이라는 점이 언급된다. 이러한 헌법 해석 방법은, 지난 2월 작고한 안토닌 스칼리아 (Antonin Scalia) 대법관을 포함한 보수 성향 인사들이 수정헌법 제 2 조를 기반으로 총기 소유를 헌법 상의 권리로 주장하는 근거가 되고 있다. 수정헌법 제 2 조의 원문은 아래와 같다.

<sup>3</sup> 중앙일보 2014년 9월 29일자 사회면 보도  
<http://news.joins.com/article/15951869?ctg=1200&cloc=joongang|home|newslist1>).

“A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.” (잘 규율된 민병대는 자유로운 주의 안보에 필수적이므로, 무기를 소유하고 휴대하는 시민의 권리는 침해될 수 없다.)



(1789년 제안된 권리장전<sup>4</sup> 중 하나인 수정헌법 제 2조 초안의 수기)

반면, 비원의주의자들은 헌법을 시대에 발맞추어 진화해가는, “살아있는 헌법 (Living Constitution)”으로 규정한다. 시간이 흐를수록 시대상을 반영하지 못할 수 밖에 없는 헌법조문 자체에 지나치게 집중하는 것은 좋은 헌법 해석 방법이 아니며, 이는 또한 헌법제정자들 (Founders)<sup>5</sup>의 의도가 아니라는 것이다. 헌법제정자들은 헌법 제정 논의 당시 많은 부분에서 구체적인 합의에 이르지 못했었고, 따라서 많은 헌법 및 수정헌법 상호항들은 헌법제정자들의 세부적인 의도를 포함하지 못한 채 보다 포괄적으로 서술되었다. 비원의주의자들은 이러한 논리를 바탕으로 헌법은 죽은 헌법 (Dead Constitution)이 아닌 살아있는 헌법이 되어야 한다고 주장하며, 따라서 절차적으로 적시 합의가 힘든 의회의 헌법 개정보다는, 연방대법원의 사법심사 (Judicial Review)를 통한 유연한 헌법 해석 및 판례 축적을 지지한다. 최근 큰 이슈가 되었던 동성결혼 관련 연방대법원 합헌 판결 (Obergefell v. Hodges)<sup>6</sup> 내 안토니 케네디 (Anthony Kennedy) 연방대법관 판결문에서도, 이러한 비원의주의적 헌법 해석이 잘 드러나 있다. 이 법원은, 비록 헌법이 동성 간 혼인할 권리에 대해서 명시하고 있지는 않으나, 혼인할 권리가 헌법이 규정한 개인의 자유권리에 의해 헌법이 중점적으로 보호하고자 하는 가치로 해석되는바, 헌법이 그러한 권리를 개인에게 부여할 수 있는 것으로 판결하였다.

<sup>4</sup> 연방정부의 권력을 제한하고 시민의 권리를 보호하자는 취지에서 제안된 수정헌법 제 1 조부터 제 10 조까지를 일컬음.

<sup>5</sup> The Founding Fathers of the United States. 미국 역사가 리처드 모리슨 (Richard Morrison)이 건국의 주역으로 언급한 존 아담스, 벤자민 프랭클린, 알렉산더 해밀턴, 토머스 제퍼슨, 존 제이, 제임스 매디슨, 조지 워싱턴의 7인을 지칭하는 단어로도 쓰임.

<sup>6</sup> James Obergefell, et al., Petitioners v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. (2015).

### III. 총기 규제와 관련한 최근 연방대법원 판례

지난 10 년간의 판례로 비추어본다면, 연방대법원은 수정헌법 제 2 조의 해석에 대해 원의주의적인 입장을 강하게 고수하는 것으로 보인다. 최근 총기 규제와 관련한 세 판례에서, 연방대법원은 수정헌법 제 2 조를 바탕으로 자기 방어를 위해 무기를 소지하고 휴대할 개인의 권리를 옹호해 주었다. 연방대법원이 5:4 판결로 원고의 손을 들어준 *District of Columbia v. Heller* (2008)<sup>7</sup> 판결에서는, 거주자의 장전된 총을 소지할 권리를 제한하는 워싱턴 D.C.의 총기 소유 규제 법률<sup>8</sup>이 수정헌법 제 2 조를 위반하였다는 이유로 위헌 판정을 받았다. 이 판결이 수정헌법 제 2 조를 연방정부가 관할권을 가진 지역에 한정하여 적용시켰다면, 2010 년 *McDonald v. City of Chicago* (2010)<sup>9</sup> 에서의 연방대법원 판결은 이를 주정부 관할 지역까지 확장시켰다. 이 법원은 수정헌법 제 2 조에 따라 규정되는 무기를 보유하고 소지할 개인의 권리는, 주정부의 권력으로부터 개인의 기본권을 보호하기 위한 수정헌법 제 14 조 적법절차에 의거, 주정부에 의해 제한될 수 없는 것으로 판결하였다. 또한 연방대법원은 지난 3 월 *Caetano v. Massachusetts* (2016)<sup>10</sup> 판결에서, 수정헌법 제 2 조에 대한 원의주의적 헌법 해석을 다시 한 번 견지하였다. 메사추세츠주 대법원에서는 원고의 전기총격기 소지에 대하여, 해당 무기가 수정헌법 제정 시기에 존재하지 않았음을 이유로 이것이 수정헌법 제 2 조의 보호를 받을 수 없는 것으로 판결하여 원고의 유죄를 선고한 반면, 연방대법원은 헌법 텍스트에 기초하여, 모든 휴대 가능한 무기는 수정헌법 제 2 조가 보호하는 범주 내에 있는 것으로 판결하였다.

사실 수정헌법 제 2 조가 제정된 배경에는 그 당시 미국의 시대적 상황이 크게 반영되어 있다. 미국의 헌법과 수정헌법이 제정된 1780 - 90 년대는, 미국이 막 영국 제국을 상대로 독립한 후, 기존 주들 간의 갈등을 봉합함과 동시에 미지의 땅이었던 서부 지역에 대한 개척을 시작해야 했던 시기였다. 이런 상황 속에서 당시 헌법제정자들 및 대다수의

<sup>7</sup> *District of Columbia, et al. v. Dick Anthony Heller* (2008).

<sup>8</sup> The Firearms Control Regulations Act of 1975.

<sup>9</sup> *Otis McDonald, et al. v. City of Chicago, Illinois, et al.* (2010).

<sup>10</sup> *Jaime Caetano v. Massachusetts* (2016).

지도층들은, 신생 연방정부의 치안 유지 능력으로는 시민 개개인을 온전히 보호할 수 없을 것이라는 관념을 가지고 있었을 것이고, 따라서 그 당시 총기 소유의 권리는 개인과 그 가족의 생명 및 재산을 지키기 위해 반드시 요구되었던 권리였을 것이라고 합리적으로 추정해 볼 수 있다. 하지만 이러한 관념이 현 시대에 정당성을 지니기에는 시대가 너무 많이 변했고, 일례로 작금에는 연방정부 및 주정부의 행정력이 미치지 못하는 지역을 찾기가 어렵다. 만약 연방대법원이 변화된 시대상을 고려하여 수정헌법 제 2 조의 해석에 있어 “살아있는 헌법” 원칙을 적용시킨다면, 총기 소유 관련 케이스에 대해 다른 시각의 판결을 내놓을 가능성도 있을 것이다. 하지만 현재까지의 판례들로 미루어 보았을 때, 적어도 총기 소유와 관련된 케이스에 대해서는 연방대법원이 계속해서 원의주의적 헌법 해석에 근거한 판결을 내릴 것으로 전망된다.

#### IV. 총기 규제를 열망하는 목소리

그 동안 미국 내에서는 많은 사망자와 부상자가 연루되었던 수많은 총기 사고가 있어왔으며, 이를 규제하기 위한 다양한 정책 입안 활동들이 이루어졌으나 성공적이지는 못하였다. 최근의 가장 큰 총기 사고로 꼽을 수 있는 사건은, 2015 년 10 월 오리건주 커뮤니티 칼리지에서 무장한 총격범 1 명에 의해 9 명이 숨지고 20 여명이 크게 다친 사건이다. 이 당시는 총기의 무분별한 사용으로 인한 사상자가 갈수록 증가하면서, 미국 내 총기 규제가 크게 쟁점화되고 있던 시기였기 때문에, 해당 사건의 파장은 엄청났다. 미국 주요 언론들은 미국의 지도자들을 강하게 질타하며 실질적인 대책 마련을 촉구했으며, 특히 뉴욕타임즈는 1920 년 이후 95 년 만에 처음으로 1 면에 “총기 창궐 (The Gun Epidemic)” 이라는 사설을 실었을 정도였다. 오바마 대통령은 이에 총기 거래 규제 행정조치<sup>11</sup>를 발표했고, 그가 행정조치 발표 현장에서 흘린 눈물은 총기 규제 필요성에

---

<sup>11</sup> 많은 언론에서 오바마 대통령이 행정명령 (Executive Order)을 발표한 것으로 보도하였으나, 이는 사실과 다름. 실제로 오바마 대통령이 발표한 행정조치 (Executive Action)는 헌법 상 대통령의 권한에 의거 행정기관을 구속하는 행정명령과는 다른 개념이며, 행정기관에 대한 권고 정도로 해석할 수 있음. 자세한

대한 공감대를 미국 시민사회에 다시 한 번 확산시키는 계기가 되었다. 이러한 지지 여론 속에서도, 오바마 행정부는 해당 행정조치가 수정헌법 제 2 조에 배치되지 않도록 많은 논의를 거쳤다고 한다. 이 행정조치를 면밀히 들여다보면, 이것이 “총기 소유 규제” 보다는 총기 구입 시 엄격한 신원 조회 등의 “총기 판매와 구매의 법제화”를 목적으로 했다고 볼 수 있으며, 이러한 방향성은 오바마 대통령이 항상 주장해왔던 총기 규제 원칙과 맥을 같이 한다. 그럼에도 불구하고 당시 공화당의 대선후보였던 도널드 트럼프 (Donald Trump) 및 다수 보수 인사들은, 오바마 대통령이 발표한 행정조치가 수정헌법 제 2 조를 짓밟는 위헌 행위라며 비판의 수위를 높였다. 한 예로 “More Guns, Less Crime”<sup>12</sup>의 저자인 존 롯 (John Lott) 은, 오리건주 총기 난사 사건 후 CNN 과의 인터뷰에 출연하여 “대학교 캠퍼스 내 학생들은 그들 자신을 보호하기 위해 (총기로) 무장해야만 한다” 라고 주장하여 큰 논란을 불러일으켰다. 이는 아직도 총기 규제 논의에서 수정헌법 제 2 조가 현실적으로 극복하기 어려운 장벽임을 보여주는 사례이다.

"All the News That's Fit to Print"

# The New York Times

VOL. CLXV . . . No. 57,071      SATURDAY, DECEMBER 5, 2015

## F.B.I. IS TREATING RAMPAGE AS ACT OF TERRORISM

**EDITORIAL**

### The Gun Epidemic

All decent people feel sorrow and righteous fury about the latest slaughter of innocents, in California. Law enforcement and intelligence agencies are searching for motivations, including the vital question of how the murderers might have been connected to international terrorism. That is right and proper.

But motives do not matter in the dead in California, nor did they in Colorado, Oregon, South Carolina, Virginia, Connecticut and far too many other places. The attention and anger of Americans also should be directed at the elected leaders whose job it is to keep us safe but who place a higher premium on the money and political power of an industry dedicated to profiting from the unrelenting spread of ever more powerful firearms.

It is a moral outrage and a national disgrace that people can legally purchase weapons designed specifically to kill with brutal speed and efficiency. These are weapons of war, barely modified and deliberately marketed as tools of macho vigilantes and even insurgents. America's elected leaders offer prayers for gun victims and then, cautiously and without fear of consequence, reject the most basic restrictions on weapons of mass killing, as they did on Thursday. They distract us with arguments about the evil terrorism. Let's be clear: These senseless killings are all, in their own ways, acts of terrorism.

Opponents of gun control are saying, as they do after every killing, that no law can indefinitely forestall a specific criminal. That is true. They are talking, many wish sincerely, about the constitutional challenges to effective gun regulation. Those challenges exist. They point out that determined killers obtained weapons legally in places like France, England and Norway that have strict gun laws. Yes, they did.

**NEW CLUES FOUND**

### Woman Said to Have Posted a Facebook Pledge to ISIS

By MICHAEL S. SHUBERT and RICHARD PÉREZ-PÉÑA

WASHINGTON — On the day she and her husband killed 14 people and injured 22 others in San Bernardino, Calif., a woman pledged allegiance to the Islamic State in a Facebook post, officials said Friday, as the F.B.I. announced that it was treating the massacre as an act of terrorism.

"The investigation so far has developed indications by the killers, and of potential inspiration by foreign terrorist organizations," the F.B.I. director, James B. Comey, said at a news conference here. But he said that investigators had not found evidence that the killers were part of a larger group or terrorist cell. The couple died in a shootout with police on Wednesday.

"There's no indication that they are part of a network," he said.

**A HOME REVEALED** Images of the residence of Syed Rizwan Farook and Tashfeen Malik in Redlands, Calif. Reporters and photographers tramped into the townhouse on Friday. Page A15.

(오리건주 총기 난사 사건 후 뉴욕타임즈 1 면에 실린 사실, “The Gun Epidemic” / 출처: guns.com)

내용은 다음 링크를 참조. <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2016/01/04/fact-sheet-new-executive-actions-reduce-gun-violence-and-make-our>  
<sup>12</sup> More Guns, Less Crime (3<sup>rd</sup> ed., 2010).



(오리곤주 총기 난사 사건 후 CNN 과 인터뷰 중인 존 랫 / 출처: action.mediamatters.org)

## V. 나가며

앞에서 언급한 바와 같이, 미국 연방대법원이 최근 동성결혼 및 오바마케어 합헌 판결 등으로 “살아있는 헌법” 원칙에 따른 헌법 해석을 보여주었다 할지라도, 총기 소유와 관련된 수정헌법 제 2 조에 대해서는 그러한 해석을 하기 어려울 것으로 전망된다. 그 이유는, 미국 최대 로비단체인 전미총기협회 (National Rifle Association) 및 관련 이해당사자들의 강력한 정치력도 있겠지만, 수정헌법 제 2 조 자체가 상당히 명시적으로 개인의 권리를 규정하고 있기 때문이다. 연방대법원으로서, 이러한 명시적인 헌법의 텍스트 및 최근 총기 규제와 관련한 세 판례<sup>13</sup>와 상반되는 헌법 해석을 내놓기에는 상당한 부담이 따를 것이다. 의회를 통한 총기 거래 규제 입법화 또한, 전미총기협회 등의 로비를 받는 상하원 의원들에 의해 계속해서 입법의 문을 통과하는데 실패해왔다. 따라서 앞선 오바마 대통령의 행정조치와 같이, 행정부의 주도로 해당 이슈를 수면 위로 끌어올리는 것이 현 시점에서 총기 관련 규제를 조금이라도 진전시킬 수 있는 최선의 방안인 것으로 생각된다.

<sup>13</sup> District of Columbia, et al. v. Dick Anthony Heller (2008), Otis McDonald, et al. v. City of Chicago, Illinois, et al. (2010), Jaime Caetano v. Massachusetts (2016).

한 달 전, 미국을 이끌 차기 대통령이 선출되었다. 그는 바로, 총기 거래 규제에 대해 부정적인 시각을 자주 드러냈으며, 전미총기협회의 공개적 지지까지 받았던<sup>14</sup>, 도널드 트럼프다. 반면 민주당의 대선 후보였던 힐러리 클린턴 (Hillary Clinton)은, 남편이 대통령이었던 시기에 돌격소총 (Assault Weapon)의 사용을 규제하기 위해 제정하였던 Federal Assault Weapons Ban<sup>15</sup>을 부활시키겠다는 공약을 제시하는 등, 오바마 행정부의 총기 규제 노선을 이어가기 위한 적극적인 의지를 표명해왔다. 이와 달리, 트럼프 차기 대통령은 오바마 행정부가 취한 총기 거래 규제를 무력화하기 위한 각종 시도에 초점을 맞출 것으로 보이며, 만약 이러한 시도가 성공한다면, 이는 입법부나 사법부에 의해 제정된 법률과 비교하여 행정부의 규제 및 조치가 본질적으로 얼마나 가변적일 수 밖에 없는지를 보여주는 좋은 사례가 될 것이다. 결론적으로, 특별한 모멘텀이 있지 않는 한, 향후 몇 년 간 미국의 총기 규제 이슈에는 실질적 진전이 있기 어려울 것으로 보인다.

---

<sup>14</sup> 연방선거관리위원회에 따르면, 전미총기협회는 트럼프에게 선거자금 명목으로 2000 만 달러를 후원.

<sup>15</sup> 1994 년, 클린턴 행정부는 총기 규제를 위한 The Federal Assault Weapons Ban (공식 명칭은 The Public Safety and Recreational Firearms Use Protection Act) 법률을 의회의 동의를 얻어 (52-48) 통과시킴. 하지만 일몰 규정 (sunset provision)이 적용되는 법률이었음에 따라, 2004 년 9 월에 만료.